



Roj: **STS 6008/2023 - ECLI:ES:TS:2023:6008**

Id Cendoj: **28079120012023100947**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2023**

Nº de Recurso: **7441/2021**

Nº de Resolución: **960/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 960/2023**

Fecha de sentencia: 21/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7441/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal del TSJ de Cataluña

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7441/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 960/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolutoria de un recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 60/2021) formulado contra la Sentencia 183/2020, de 22 de junio de 2020, de la la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 35/2020 dimanante de las Diligencias previas 696/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Prat de Llobregat seguidas por delito contra la salud pública contra Natividad . Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal como recurrente, y como recurrida la acusada Doña Natividad representada por el Procurador de los Tribunales Don domingo Collado Molinero y defendido por la Letrada Doña Nuria Monfort Soria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Prat de Llobregat incoó Diligencias previas núm. 696/2019 por delito contra la salud pública contra **Natividad** y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 22 de junio de 2020 dictó Sentencia 183/20209, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"PRIMERO.- Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14.15 horas, la acusada Natividad , mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11 de agosto de 2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la calidad de DIRECCION000 , en un vuelo procedente de Lima (Perú), albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10% destinada al posterior tráfico.

El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del. propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo.

El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en: esa fecha habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

SEGUNDO.- La acusada fue captada por organización delictiva dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad, en el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, .residía en, un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto. a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la. organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las bolas en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada a su destino la estaría esperando una persona".

El **Fallo** de referida Sentencia es el siguiente:

"Que debemos absolver y absolvemos a Natividad del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables, incluidas todas las medidas cautelares acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas causadas. Se decreta el comiso de la sustancia intervenida a la que se dará el destino legal correspondiente. Se acuerda la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada, una vez firme la sentencia absolutoria y salvo que proceda destinarla a las resultas del proceso.

Notifíquese a las partes la presente resolución informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de 10 días, a partir de la misma".

**SEGUNDO.**- La anterior resolución fue **recurrida en apelación**, Rollo de apelación 60/2021, que fue resuelto por Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice: "Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia".



El **Fallo** de la mencionada sentencia es el siguiente:

"Fallamos, en atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 22 de junio de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), cuya resolución confirmamos íntegramente. Se declaran de oficio las costas de esta alzada".

**TERCERO.**- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.**- El recurso de casación formulado por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

**Primero y único.**- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849-1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 177 bis 11 del C. penal y correlativa e indebida no aplicación del art. 368 del C. penal.

**QUINTO.**- Es **recurrida** en la presente causa la acusada **DOÑA Natividad** , que impugna el recurso por escrito de fecha 23 de febrero de 2022.

**SEXTO.**- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 28 de noviembre de 2023; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 2 de noviembre de 2021, confirmó en grado de apelación la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22 de junio de 2020, que había absuelto a la acusada Natividad , de un delito contra la salud pública, frente a cuya resolución judicial se interpone este recurso de casación por la representación procesal del Ministerio Fiscal, que igualmente había apelado la Sentencia dictada en la primera instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

**SEGUNDO** .- En un motivo único, el Ministerio Público, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 177 del Código Penal y correlativa e indebida no aplicación del artículo 368 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal sostiene que el Tribunal Superior de Justicia, aceptando los hechos probados, donde se contienen los elementos nucleares y periféricos del delito de tráfico de drogas que venía sosteniendo la acusación pública, cuestión no negada por ninguna de las sentencias dictadas, acuerda, sin embargo, la absolución de la acusada en virtud de la aplicación de lo establecido a modo de excusa absoluta para el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis Código Penal, apartado 11.

Como quiera que estamos en presencia de un motivo por estricta infracción de ley, hemos de tomar en consideración los hechos probados de la sentencia recurrida.

Son del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, la acusada Natividad , mayor de edad y sin antecedentes conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11/08/2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la localidad de DIRECCION000 , en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,101 destinada al posterior tráfico.*

*El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo.*

*El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.*

*SEGUNDO.- La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de*



*zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las "bolas" en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del destino la estaría esperando una persona".*

**TERCERO** .- Establece el art. 177 bis, apartado 11 del Código Penal que, "sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado".

Justifica el Ministerio Fiscal el interés casacional que ofrece esta impugnación, aun a sabiendas de que el formato que sirve de canalización a este recurso no lo requiere estrictamente, en que la tesis sentada por la sentencia recurrida se opone de manera abierta y frontal a la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Supremo, en orden a admitir eximentes o atenuantes de estado de necesidad de tipo económico en el tráfico de drogas, que sería perfectamente trasladable a la excusa absolutoria aplicada, pues como hemos afirmado en otras ocasiones, el tráfico de drogas entraña una gravedad extrema para la salud pública, que es tanto como la salud de nuestra colectividad, de gran valor para la sociedad en su conjunto, especialmente de nuestra juventud, siendo así que este tipo de resortes solamente pueden aplicarse con carácter muy excepcional y cuando las circunstancias del caso lo exijan.

Añade el Ministerio Fiscal otro argumento de orden práctico, en tanto sostiene que debe recordarse que, de aceptarse tal tesis, constituiría un factor de primer orden para potenciar el tráfico de drogas, pues los cárteles de la droga dejarían de utilizar sofisticados medios para el transporte de las mismas, valiéndose de personas indigentes para el traslado de la misma, dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de corso para la comisión del delito, sin mayor riesgo que, en caso de ser descubierto, pudieran perder "la mercancía".

**CUARTO** .- Antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión suscitada por el Fiscal recurrente, hemos de poner de recordar que la última Sentencia que hemos tratado de tal excusa absolutoria es la STS 59/2023, de 6 de febrero, que a su vez se remite a las STSS 146/2020 de 14 de mayo y 214/2017, de 29 de marzo; en esta segunda decía este Tribunal:

"El apartado 11 del artículo 177 bis CP traslada al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26º de la Convención de Varsovia (las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello). Esta recomendación se encuentra también recogida por el artículo 8º de la Directiva 36/2011/CE (los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2º).

El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutese en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias.

Es cierto también que estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de testimonios premiados, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los "arrepentidos", la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia".

En resumen, de tal doctrina resaltamos el objetivo referido de la excusa absolutoria no es otro que sustraer a las víctimas de trata de seres humanos de la explotación que sufren, con el propósito de evitarles mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores.



Ahora bien, dicha excusa absoluta ha de incardinarse en la situación de explotación sufrida, como adjetiva el propio precepto, o lo que es lo mismo, en un escenario de aprovechamiento de la víctima por los tratantes, situación que no puede confundirse con un acto aislado de contribución delictiva, y siempre que su participación en las actividades delictivas, haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Dicho de otro modo, nuestra jurisprudencia ha analizado y aplicado tal excusa absoluta en el marco de un delito de trata de seres humanos, pero no lo ha extendido, por lo menos hasta el presente, a situaciones que no estén directamente conectadas con la investigación y represión de tal delito, como fenómeno social y delictivo en donde se enmarque la actuación forzada del acusado, pero nunca en el espacio de actuación de otros delitos, que tienen sus propias reglas exonerativas o atenuatorias de la responsabilidad penal, sin que debamos acudir a interferencias que jurídicamente no son procedentes.

**QUINTO** .- Dicho lo que antecede, lo primero que debemos destacar es que la causa judicial tramitada que soporta estas actuaciones, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por delito contra la salud pública, consistente en el transporte en el interior del organismo de la acusada de una cantidad de un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,101 destinada al posterior tráfico, sustancia que, distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

Repetimos, no estamos, en consecuencia, en el curso de delito de trata de seres humanos, al menos no ha existido acusación con dicho título de imputación, sino que nos encontramos en presencia de un delito contra la salud pública, que se basa en el precitado transporte de cocaína, a cambio de precio, y con destino a nuestro país.

Por ello, no se describen en los autos los elementos del delito de trata, sino de una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de tal finalidad, que no era otra que la comisión de un delito contra la salud pública.

En efecto, es la sujeción a la organización la esencia y el núcleo del delito de trata, no la aportación de un acto aislado, como ocurre en este caso, siendo así que la excusa absoluta no puede interpretarse sino en dicho marco de sujeción y, al menos, cierta permanencia.

Nada de ello resulta de la causa.

En los hechos probados se cita a una organización sin más identificación, y sin que nadie, por cierto, haya tenido la más mínima oportunidad de defenderse de tal imputación. Por el contrario, se trasluce más bien un encargo de tercero (que sin duda puede estar organizado, y ello, por cierto, no es nada raro); en efecto, la realidad nos demuestra que las redes del narco, encargan a personas necesitadas el cometido de trasladar la droga en vuelos internacionales, sin que en este aspecto podamos extrañarnos de tal mecánica operativa. La triste realidad será que los transportistas de sustancias estupefacientes, particularmente cuando lo hacen en su propio cuerpo, sean personas muy económicamente desfavorecidas que se ven compelidas a causa de tal situación a aceptar tal encargo. A esta realidad responde tal tráfico y ello siempre fue contemplado en la resolución de los asuntos precedentes en esta Sala Casacional.

En nuestro caso no detectamos propia captación con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal ( esta Sala ya ha dicho en la STS 396/2019, de 24 de julio, que la trata es la esclavitud del siglo XXI), sino que identificamos un acto ocasional, referido al expresado transporte de droga, mediante precio, aceptado por la acusada, en cuantía de aproximadamente un 10 por 100 del valor de la sustancia trasladada internacionalmente y con el consiguiente riesgo de ser imputada por un grave delito. Podríamos hablar de delito cometido por mediante precio, pero tales condiciones, como es evidente, no han sido enteramente libres, pues la situación de necesidad suele ser palpable en dichos casos, aunque sobre esta situación no podemos nosotros pronunciarnos en este momento, ya que están pendientes de resolver alegaciones de la defensa precisamente en dicha órbita exonerativa o atenuatoria.

Por consiguiente, al no tratarse de un asunto de trata de seres humanos, el cuadro de causas excluyentes de la responsabilidad penal debe corresponderse con la herramienta general dibujada por el Código Penal, sin perjuicio de que el resorte procedente pudiera dar lugar a otro tipo de puntales recursos excluyentes de la culpabilidad, en función de las condiciones que se describen en el factum, incluso del propio estado de necesidad, también propuesto por la defensa como un componente exonerativo de la responsabilidad penal. Pero parece claro que el mecanismo aplicado en la sentencia recurrida está pensado para una situación de trata de seres humanos, entendiéndose por tal delito aquel que exige una situación más o menos prolongada en el tiempo, pero no, desde luego, el acto aislado mismo de aceptar llevar a cabo un viaje internacional para



transportar en el organismo de la acusada cocaína, a cambio de 4.000 euros. Y ello aun cuando quisiera verse en sus fases de la trata: la propuesta, la aceptación, el viaje y la subsiguiente detención. El acto es uno, y no puede descomponerse en las distintas fases de la trata que están pensadas para una situación de explotación sucesiva, y no para un acto de consorcialidad delictual absolutamente aislado y puntual.

De modo que el Código Penal prevé para estos casos, como el enjuiciado, en el que una persona, a causa de su penuria económica y sus condiciones personales, se encuentra inducida a llevar a cabo la infracción del tipo penal, de la que es perfectamente conocedora (en este sentido la sentencia recurrida entiende que no se puede hablar de falta de dolo, porque la acusada era perfectamente conocedora del traslado de droga a instancias de terceros que iba a llevar a cabo), resortes exonerativos del estado de necesidad, analizando si concurre tal eximente como completa o como incompleta.

Por otro lado, hemos de repetir, una vez más, que la aplicación de la excusa absolutoria que analizamos ( art. 177 bis.11 del Código Penal), debe enmarcarse en el contexto de un delito de trata de seres humanos, que aquí no concurre. En efecto, trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles; la trata siempre supone un acto dinámico.

En tercer lugar, de operar como lo hace la sentencia recurrida, sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación general del art. 177 bis.11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando, sin razón aparente, otros instrumentos legales.

En cuarto lugar, se ha aplicado una especie de recurso analógico exonerativo que ni se corresponde con la situación analizada por la sentencia recurrida, que lo es un acto esporádico, ni por el marco del delito enjuiciado, que lo es contra la salud pública, ni se apoya en mecanismo jurídico alguno que permita su expansión analógica. Las excusas absolutorias están previstas para resolver situaciones por razones de política criminal, pero no a otras distintas que tienen sus resortes propios.

En quinto lugar, el Ministerio Fiscal nos ofrece un argumento práctico: bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje, lo cual resulta una constante contrastable, o bien contratar a indigentes, para tener asegurada su impunidad. En ese caso, dice el Ministerio Fiscal, y no le falta razón, el riesgo del transporte es cero, pues de ser interceptados policialmente no podría imponerse sanción alguna.

La realidad nos demuestra que nos encontramos con una actividad de transporte de droga mediante vuelos internacionales, que se traducen en un acto de ofrecimiento a una persona necesitada, que acepta el encargo mediante precio, sabiendo que corre un riesgo cierto en tal comportamiento delictivo. Esto es lo que explica con toda crudeza la sentencia recurrida. Dicen los jueces "a quibus" que la acusada conocía perfectamente los pormenores del acuerdo económico ofrecido por tal red del narco en su país. No es, por consiguiente, una explotación, caracterizada por su duración temporal, más o menos larga, pero con vocación de prolongación, no, es un acto esporádico, que, desde nuestro punto de vista, es un acto de participación delictiva, de modo que el espacio para analizar estos hechos es la propia eximente de estado de necesidad, propuesta por la defensa, y que el Tribunal sentenciador no analizó ante la estimación de tal resorte de exoneración de la responsabilidad criminal.

En consecuencia, procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, y la devolución al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para que, devolviendo la causa a la Audiencia Provincial de procedencia, se analice en dicho órgano jurisdiccional el resto de alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional, pues la Audiencia ya expresó que "no tiene sentido pronunciarse sobre la posibilidad de que en su conducta pudiera concurrir la eximente incompleta de estado de necesidad, la calificación de los hechos por el subtipo atenuado del art. 368.2 CP, la aplicación del art. 376.1 CP o la apreciación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 Código Penal", o bien, si así lo considera el Tribunal "a quo" la directa remisión a la Audiencia, con este propio objeto.

**SEXTO** .- Al proceder la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que, en todo caso, sería procedente dado que es el Ministerio Fiscal el recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**2º.- DECLARAR de oficio** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.



**3º.- CASAR y ANULAR**, en la parte que le afecta, la referida Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**4º.- COMUNICAR** la presente resolución y la que seguidamente se dicta, al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 7441/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia que fue recurrida en casación y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica presidencia y ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.** - De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos ordenar la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia, y por éste, a la Audiencia Provincial de procedencia, para que se analice en dicho órgano jurisdiccional el resto de alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos ordenar la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia, y por éste, a la Audiencia Provincial de procedencia, para que se analice en dicho órgano jurisdiccional el resto de las alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

## RECURSO CASACION/7441/2021

1

**VOTO PARTICULAR** que formula el magistrado Javier Hernández García a la sentencia núm. 960/2023, de 21 de diciembre de 2023.

1. Lamento, sinceramente, no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Desde mi mayor respeto a la opinión mayoritaria, considero que el motivo por infracción de ley formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 2 de noviembre de 2021 que, a su vez, confirmaba la sentencia de 22 de junio de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), debería haber sido desestimado. A mi parecer, los hechos que se declaran probados en la instancia, y que hace suyos el tribunal de apelación con adiciones integrativas, permiten identificar con manifiesta claridad los presupuestos fácticos y normativos de la cláusula de exención de la responsabilidad criminal del artículo 177 bis 11 CP apreciada en la sentencia recurrida y que condujo a la absolución de la Sra. Natividad

2. Pretendo, a continuación, y de manera breve, ofrecer los argumentos sobre los que baso mi anterior conclusión.

3. Con carácter previo, se hace necesario insistir sobre el *campo de juego* en el que puede operar el motivo por infracción de ley que no es otro que el de los hechos declarados probados en la sentencia. Estos constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión requerida para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso y, en consecuencia, para combatir el juicio de tipicidad.

4. Con dicho recordatorio, lo que quiero poner de relieve es que ese "hecho probado" no se agota en el que como tal aparece precisado en el apartado correspondiente de la sentencia. En ocasiones, los fundamentos jurídicos insertan proposiciones factuales asertivas y precisas que amplían el espectro del llamado relato histórico delimitado en el "espacio topográfico" de la resolución recurrida reservado para ello. Propositiones que pueden tener significativa relevancia para el juicio de tipicidad que se combate mediante el motivo por infracción de ley.

En estos casos, y solo en beneficio del reo, al hilo de los motivos que funden el recurso, el tribunal que lo conozca viene obligado a una suerte de heterointegración que permita identificar el "hecho global" declarado probado. Y sobre el que, solo, insistimos, a favor de la persona acusada o condenada en la instancia, deben analizarse aquellos gravámenes que traen causa de este -vid. STS 57/2022, de 24 de enero, 173/22, de 24 de febrero, 401/22, de 22 de mayo, 468/22, de 18 de mayo-.

5. En el caso, el *hecho global* del que debe partirse para el análisis del motivo de casación viene determinado tanto por los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial como por los que también considera acreditados el Tribunal Superior, aunque los "sitúe" en la fundamentación jurídica.

La Audiencia fijó como probados los siguientes:

*"PRIMERO.- Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, la acusada Natividad, mayor de edad y sin antecedentes conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11/08/2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la localidad de DIRECCION000, en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,101 destinada al posterior tráfico.*

*El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo. El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.*

*SEGUNDO.- La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el*



*billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las "bolas" en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del destino la estaría esperando una persona."*

Por su parte, el Tribunal de apelación consideró también acreditados, insertos en la fundamentación jurídica, los que a continuación transcribo:

" (...) siendo llevada, después de confiar el bebé a una amiga diciéndole que se iba unos días por trabajo, a un establecimiento donde tras una preparación corporal mediante una ingesta medicamentosa e inyectable es obligada a tragar 28 condones que contenían cocaína líquida, fue transportada al aeropuerto de Lima con 250 euros , dinero que se le interviene a la llegada, portando su billete de vuelta y su reserva de alojamiento en Barcelona (...) Se encontró al llegar en situación de desarraigo, en un lugar que desconocía, y sin contactos, solo con indicación de que la recogería alguien que la esperaba en el aeropuerto , de quien desconocía cualquier referencia , siendo esta persona (de la organización) la que esperaba".

6. Pues bien, el hecho global que determina el análisis del motivo, permite identificar con extremada claridad que la Sra. Natividad cometió el delito contra la salud pública como consecuencia directa de la explotación a la que, como víctima de trata de seres humanos, estaba sometida.

7. Los hechos probados no dejan, en mi opinión, atisbo a la más mínima duda sobre la muy marcada vulnerabilidad de Natividad . Sus circunstancias sociales y personales -su edad (21 años), su condición de madre primeriza de un hijo prematuro que contaba con cuatro meses de edad al tiempo de los hechos, sin trabajo, residiendo en los arrabales de Lima, en una vivienda precaria con problemas de habitabilidad, junto a su madre [la única que aportaba algunos recursos para la subsistencia], dos hermanos [uno de ellos con discapacidad, según el informe pericial aportado a las actuaciones] y otras dos personas- permiten calificar su situación como de extrema vulnerabilidad que debilitaba intensamente, como efecto consustancial, su capacidad para activar estrategias eficaces de autoprotección contra los actos de trata a los que fue sometida.

Sin poder obviarse que la condición de mujer y madre agudiza de manera aún más extrema dicha situación en realidades como la Latinoamericana. Como se destaca por el *Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer*, en su Recomendación General núm. 38 (2020), "la trata de mujeres y niñas tiene sus raíces en la discriminación por razón de sexo y género, la desigualdad estructural por razón de género y la feminización de la pobreza".

8. En este sentido, y como se precisa en el parágrafo 63 de los *Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, aprobados por la Oficina de Naciones Unidas del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), " Las personas que viven en la pobreza están expuestas a menudo a riesgos tanto institucionales como individuales de violencia y amenazas a su integridad física por parte de agentes estatales y privados, que los hacen vivir en constante temor e inseguridad. La continua exposición y vulnerabilidad a la violencia afectan a la salud física y mental de las personas y socavan su desarrollo económico y su capacidad de salir de la pobreza. Quienes viven en la pobreza, con poca o ninguna independencia económica, tienen menos posibilidades de encontrar seguridad y protección".

9. Esta situación descrita en los hechos probados, en mi opinión, encaja en la definición normativa de vulnerabilidad que se contempla en el artículo 177 bis 1 CP pues, en efecto, determinó que la víctima se sometiera al abuso de los tratantes al no identificar otra alternativa real o aceptable.

Sobre esta cuestión, creo necesario destacar que la medición de la no alternatividad de la consecuencia -someterse al abuso- a la que se refiere la norma, debe hacerse siempre en términos situacionales y desde la perspectiva de la víctima vulnerable, lo que comporta que no pueda descartarse por la existencia en abstracto de un medio alternativo de evitación. El hecho, por ejemplo, de que, en supuestos de grave precariedad económica, se hayan recibido ayudas por parte de los servicios públicos para mitigar o reducir dicha situación no implica, sobre todo en situaciones de riesgo permanente y en realidades como las que se viven en países en vías de desarrollo, que siempre pueda contarse con la ayuda pública necesaria.

A los efectos del artículo 177 bis CP lo que debe valorarse es si, en términos situacionales, la víctima disponía de medios alternativos en condiciones reales y eficaces para, como precisa la norma, "no someterse al abuso".

En este punto, debo llamar la atención sobre la *Nota orientativa sobre el concepto de "abuso de una situación de vulnerabilidad" como medio para cometer el delito de trata de personas*, de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en cuyo apartado 2.5 se precisa: "El abuso de una situación de vulnerabilidad ocurre cuando la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación.



Al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales"

En el caso, los hechos probados identifican con notable claridad que la Sra. Natividad no estaba en condiciones para identificar otra alternativa distinta a la diseñada por los tratantes.

10. Sentado lo anterior, tampoco tengo duda alguna sobre que los hechos identifican que los tratantes abarcaron dicha vulnerabilidad y que todo el plan criminal trazado se fundó en el abuso grave de dicha situación en la que se encontraba la víctima. Abuso de la situación de vulnerabilidad que produjo el efecto prohibido: la explotación de la Sra. Natividad teleológicamente orientada para la comisión del delito contra la salud pública por el que fue acusada, en los términos exigidos por el artículo 177 bis.1 d) CP.

11. Los hechos probados identifican con toda crudeza la nota constitutiva de la situación de explotación por trata como lo es el control sobre la propia víctima con un alcance que, en el caso, adquiere, además, unos niveles de intensidad cualitativa y dramatismo extremos.

La víctima fue conducida el mismo día 8 o, a lo sumo, el 9 de agosto a un *establecimiento* (sic), después de dejar a su bebé de apenas cuatro meses con una amiga, donde le hacen ingerir medicamentos destinados a la limpieza gástrica para, posteriormente, introducirle 28 condones por la boca conteniendo 485 gramos de cocaína con un 80 % de pureza base. Mientras tanto, le tramitan la obtención del pasaporte para, casi, sin solución de continuidad, conducirla al aeropuerto de El Callao donde le entregan, antes de embarcar en el avión, 250 euros en metálico, un papel con la dirección de un hostel en Barcelona y la indicación de que una persona le estará esperando a su llegada al aeropuerto de El Prat.

Se crearon condiciones de sujeción que me atrevo a denominar como de "efecto túnel" del que la víctima no podría salir sino es por la intervención de terceros. Desde que Natividad contactó con los tratantes, casi de manera inmediata, se le desarraigó de su entorno familiar, de su ciudad, de su País y se le dispensó un trato inhumano y degradante que comprometió su autonomía, su integridad física, su dignidad personal hasta extremos gravísimos. La desplazaron, la desarraigaron, cosificaron su cuerpo, sometiéndola a un altísimo riesgo para su vida, bajo la promesa de una retribución miserable de 4.000 euros por introducir en España una partida de 400 gramos de cocaína pura que alcanzaría un valor de 45.000 euros en el mercado ilícito.

En este contexto, tanto el ofrecimiento de esa cantidad de dinero como su "aceptación" por parte de Natividad solo puede explicarse por una razón: el aprovechamiento por parte de los tratantes de una situación de extrema vulnerabilidad.

12. Es cierto, y no cabe obviarlo, que, en el caso, la captación y la explotación se presentaron en términos temporales súbitos, casi sincrónicos. Pero ello en modo alguno impide, a mi parecer, calificar la conducta de la que fue víctima la Sra. Natividad como de trata de seres humanos.

De contrario, la rapidez patentiza con extremada evidencia todos sus indicadores constitutivos: la eficacia de la captación a partir del abuso de una situación de necesidad y la conformación de un incuestionable estatus de explotación destinado teleológicamente a la comisión del delito contra la salud pública.

En menos de 48 horas desde que la Sra. Natividad publicó un mensaje solicitando urgentemente trabajo, terceros, en el interior de un inmueble adonde fue trasladada, y bajo la promesa de recibir 4.000 euros, cosificaron su cuerpo, llenándolo de droga, en claro desprecio a su vida e integridad física; le proveyeron de documentación de la que no disponía; y se embarcó en un avión para volar 10.000 kilómetros hacia un País absolutamente desconocido, donde, además, tampoco disponía de contactos personales.

No albergo ninguna duda de que el delito contra la salud pública se cometió a consecuencia directa de la explotación a la que sometida la Sra. Natividad, como exige el artículo 177 bis 11 CP, como presupuesto para la aplicación de la excusa absoluta.

13. Y esto coliga con uno de los argumentales principales de la sentencia para la estimación del recurso y con el que me veo obligado a mostrar, respetuosamente, mi más absoluto disenso.

Los hechos probados de la sentencia recurrida excluyen todo atisbo de consentimiento relevante por parte de la Sr. Natividad, en los términos precisados en el artículo 177 bis.3 CP. La norma es clara: *el consentimiento de la víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado anterior.*

La sentencia de la que discrepo parte, sin embargo, de que " *no se describen en los autos los elementos del delito de trata, sino de una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de tal finalidad que no era otra que la comisión de un delito contra la salud pública. En efecto, es la sujeción a la organización la esencia y*



*el núcleo del delito de trata, no la aportación causal de un acto aislado, como ocurre en este caso, siendo así que la excusa absolutoria no puede interpretarse sino en dicho marco de sujeción, y, al menos cierta permanencia."*

Añadiéndose, " *no detectamos propia captación con vocación de sumisión para sucesivos transportes o para su explotación personal sino para llevar a cabo un acto ocasional, referido al expresado transporte de droga, mediante un precio, aceptado por la acusada en cuantía aproximadamente de un diez por ciento del valor de la sustancia trasladada internacionalmente y con el consiguiente riesgo de ser imputada por un grave delito"*. Llegando a la conclusión de que ante la ausencia de situación de trata -al no existir una situación de explotación sucesiva- se da un acto de " *consorcialidad delictual"*.

14. Pues bien, me resulta difícil imaginar -y así lo expuse en la deliberación- un hecho global declarado probado que describa con mayor claridad la, en palabras de la sentencia mayoritaria, *esencia* de la trata.

En este sentido, la sentencia parece resaltar que la exclusión de la trata, desde el hecho probado, responde a que no se describe vocación de sumisión para sucesivos transportes o situación de explotación sucesiva con cierta permanencia. Lo que permite, si no lo he entendido mal, identificar en la conducta de la acusada elementos de voluntariedad en la asunción del plan criminal, excluyéndose, por ello, toda posibilidad de aplicación de la excusa absolutoria.

15. Creo, modestamente, que la sentencia mayoritaria está tomando en cuenta elementos de valoración que no resultan enteramente aplicables al delito de trata con fines de explotación para la comisión de actividad delictivas.

No cuestiono que en la fenomenología de la trata con fines de explotación sexual o laboral, mendicidad o esclavitud suelen estar presentes los rasgos de permanencia en el tiempo, de creación de condiciones de sumisión continuada para favorecer la propia explotación pretendida. Pero de ahí no cabe decantar un elemento del tipo como la "cierta permanencia de la situación de explotación" que este no contempla.

Entre otras razones, porque resulta de imposible identificación en otros supuestos de trata como los que tienen como finalidad la extracción de órganos o el matrimonio forzado. No parece imaginable que en estos casos se exija una situación de explotación sucesiva o de cierta permanencia.

Como tampoco considero que pueda exigirse en el supuesto de trata con la finalidad de explotación para la comisión de actividades delictivas. Su exigencia plantea muchos interrogantes -¿Cómo se mide esa continuidad? ¿Por número de delitos ideados? ¿Por duración temporal? ¿Se excluye si la detención se produce después de cometido un solo delito o mientras se está ejecutando? ¿Por qué se excluye en este caso?- cuyas respuestas no se identifican en la sentencia.

16. Insisto. Si los hechos declarados probados permiten identificar la acción típica -la captación-, el modo comisivo -el abuso de la situación de vulnerabilidad-, la finalidad típica de explotación -la comisión de un delito- y la relación directa entre la situación de explotación y la efectiva comisión del delito programado por parte de quien sufre dicha situación, no parece que pueda excluirse el delito de trata porque no se identifique un elemento, como el de la cierta permanencia de la situación, no exigido en el tipo.

17. Por su parte, aprecio, también con claridad, el requisito de la proporcionalidad entre la situación de explotación sufrida por la Sra. Natividad y *el hecho criminal realizado* al que se refiere el artículo 177 bis 11 CP.

Sin perjuicio de que dicho requisito no aparece contemplado ni en la Convención de Varsovia de 2005 ni en la Directiva 2011/36 -lo que, creo, hubiera obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para aclarar las dudas de ajuste con la norma de la Unión si el argumento revocatorio se hubiera centrado nuclearmente en esta cuestión- el mismo debe interpretarse a la luz de los principios de no punición y de protección de la víctima a los que responde la normativa convencional antitrata.

18. En efecto, la cláusula del artículo 177 bis 11 CP, tanto por su finalidad como por su naturaleza jurídica, se separa de manera muy clara " *del ecosistema del estado de necesidad"*. La propia norma lo precisa cuando se refiere a que la cláusula actúa con independencia de "la aplicación de reglas generales de este Código".

Aunque la cláusula de no punición pueda nutrirse de trazos de justificación o de no exigibilidad de otra conducta, la clave normativa de su aplicación radica, no en que una persona delinca por necesidad sino en que al encontrarse en dicha situación de necesidad, terceros la captan y la explotan para que delinca.

Delinque por ser víctima de un delito, lo que es significativamente distinto a delinquir por necesidad.

El juicio de proporcionalidad, por tanto, no puede perder de vista qué términos son los que deben ponderarse. Por un lado, la gravedad e intensidad de la situación de explotación sufrida y, por otro, la conexión de consecuencias necesarias con la infracción que la persona explotada se ve compelida a cometer.



19. En todo caso, y a modo de excurso, frente a posicionamientos de esta Sala que niegan cualquier posibilidad ponderativa si el delito cometido en una situación de necesidad es contra la salud pública, creo que es posible mantener, sin alterar los presupuestos normativos sobre los que operan las fórmulas de justificación o de inculpabilidad, que sin perjuicio de la relevancia del bien jurídico de la salud pública, ello no puede comportar que siempre, en todo caso y circunstancia, deba reconocérsele prevalencia frente a otros bienes jurídicos individuales conectados con los artículos 10 y 15, ambos, CE hasta el punto de decantar una regla de imponderabilidad ontológica.

Es cierto que el delito de tráfico de drogas supone un adelantamiento de la barrera de protección de la vida y la integridad física, pero no cabe obviar que los efectos sociales y sistémicos sobre la salud de las personas reclaman innumerables acciones individuales de tráfico y que, a la postre, los concretos daños producidos por el consumo de drogas son autoinfligidos por las propias personas que las consumen.

20. Con ello no pretendo afirmar, ni mucho menos, que la producción del resultado de peligro abstracto sobre la salud colectiva no merezca una decidida respuesta penal, pero sí destacar que hay situaciones extremas en las que resulta obligado identificar la probabilidad de que si no se lesiona dicho bien jurídico colectivo se produzca un efectivo daño sobre un bien jurídico personal de máximo rango constitucional. Porque solo así podrá ponderarse si ese daño probable debe ser considerado de menor entidad que el daño que, en forma de peligro abstracto, se proyecta sobre la salud pública por la conducta de tráfico de drogas. En efecto, tomar en cuenta la cantidad y calidad de daño esperado sobre un bien jurídico individual y la tasa de probabilidad de que ese daño suceda permite una valoración adaptada a las particularidades del caso concreto. Insistimos. No siempre resultará proporcional atribuir al individuo de manera indiferenciada el total daño social ocasionado por la existencia de un mercado ilegal de drogas hasta el punto de ocluir cualquier expectativa de justificación de la conducta típica realizada con la finalidad de proteger bienes jurídicos individuales tan relevantes como, por ejemplo, la vida, la libertad o la dignidad personal.

21. Por último, debo referirme a una cuestión compleja que la sentencia recurrida aborda con destacado acierto: si cabe que la identificación de la situación de trata se produzca en el seno del propio procedimiento en el que se acusa a la víctima de cometer un delito en relación directa con la explotación sufrida.

Solución que, sin embargo, parece que la sentencia mayoritaria cuestiona cuando afirma que " *en los hechos probados se cita a una organización sin más identificación, y sin que nadie, por cierto, haya tenido la más mínima oportunidad de defenderse de tal imputación*".

22. Como anticipaba, la solución de la Audiencia que valida el Tribunal Superior es del todo correcta en cuanto es conforme a los principios de protección de la víctima y no punición que inspiran la normativa antitrata.

Y ello por varias razones: primera, porque no hay regla alguna que establezca una suerte de prejudicialidad devolutiva penal que obligue a que la situación de explotación por trata se declare en una sentencia que ponga fin a un procedimiento por delito de trata de seres humanos -piénsese, por ejemplo, en supuestos en que los responsables hubieran fallecido, se encontraran ilocalizados o que la responsabilidad estuviera prescrita-. Además, el Código Penal previene distintos delitos en los que la previa comisión de actividades delictivas constituye presupuesto de tipicidad y cuya acreditación no exige, sin embargo, una previa sentencia firme que lo establezca -así, los delitos de receptación o de blanqueo de capitales, entre otros-; la segunda, porque el Estado, desde el momento en que disponga de datos precursores de que una persona ha podido ser víctima de trata, tiene una obligación positiva de brindarle una protección efectiva. Lo que comporta la prohibición de castigarla si hubiera cometido un delito como consecuencia directa de la situación de explotación sufrida; tercero, porque la defensa de la persona acusada tiene, por un lado, el derecho a poder acreditar que ha sido víctima de trata y que el delito, objeto de acusación, es consecuencia de la explotación a la que fue sometida. Y, por otro, a invocar, en consecuencia, la cláusula de no punición; cuarto, porque, en el caso, no ha existido ninguna situación de indefensión. Nadie se tuvo que defender porque ninguna persona fue acusada ni, tan siquiera, individualizada. Sin que ello, por otro lado, haya impedido la prueba suficiente de que la Sra. Natividad fue víctima de un delito de trata de seres humanos.

23. Creo que el análisis de esta cuestión tan decisiva reclama tomar en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la Sentencia, caso V.C.L y A.N contra Reino de Unido, de 5 de julio de 2021 que analiza, precisamente, las condiciones procesales de eficacia de la cláusula de no punición desde la perspectiva de los artículos 4 -derecho a no sufrir trabajos forzados y situaciones de esclavitud- y 6 -derecho a un proceso justo y equitativo- de la Convención.

Como se precisa en su parágrafo 159, " *el Tribunal considera que el hecho de que un Estado enjuicie a una víctima, probada o potencial, de trata puede, en determinadas circunstancias, ir en contra de su obligación de tomar medidas operativas de protección cuando tiene o debería ser consciente de circunstancias que sugieren razonablemente que la persona en cuestión está sujeta a la trata. Considera que la obligación de tomar medidas*



operativas en virtud del artículo 4 de la Convención tiene principalmente dos objetivos: por un lado, proteger a las víctimas de la trata de un daño adicional y, por otro, facilitar su recuperación. Es obvio que el hecho de que una víctima de trata sea procesada perjudica su recuperación física, psicológica y social y corre el riesgo de hacerla vulnerable a nuevos actos de trata en el futuro: no solo tendrá que someterse a la prueba de un juicio penal, sino que una condena penal podría obstaculizar posteriormente su integración en la sociedad. Además, un encarcelamiento puede impedirle acceder al apoyo y a los servicios previstos en la Convención contra la trata". Añadiendo en el párrafo 196, " que los elementos para determinar si el acusado es víctima de trata son, por tanto, "elementos fundamentales" de la defensa, que el interesado debe poder recoger sin restricciones".

24. Insisto. El principio de no punición, como regla convencional que se integra en el Derecho de los Derechos Humanos, constituye uno de los ejes sobre los que debe abordarse la interpretación y la aplicación de la legislación antitrata. Y para ello, los Estados vienen obligados a diseñar y activar mecanismos procesales que lo hagan efectivo.

No es aceptable que una persona de la que se sospecha que es víctima de trata pueda ser acusada y condenada sin haber podido acreditar que, en efecto, el delito cometido está en relación directa con la situación de explotación sufrida -vid párrafo 48 del Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, del Consejo de Derechos Humanos, 447º periodo de sesiones, 21 de junio a 9 de julio de 2021-.

En esa medida, la Audiencia Provincial, al admitir medios de prueba sobre la condición de víctima de la Sra. Natividad de un delito de trata de seres humanos, interpretó en términos constitucional y convencionalmente irreprochables las implicaciones procesales de la regla de no punición.

25. Concluyo, no sin antes salir al paso de un argumento revocatorio invocado por el Ministerio Público, del que se hace eco, aun de manera tangencial, la sentencia mayoritaria.

Me refiero al contenido en el extracto del motivo cuando se afirma " que de aceptarse tal tesis [la de la sentencia recurrida sobre la apreciación de la cláusula de no punición] constituiría un factor de primer orden para potenciar el tráfico de drogas, pues los cárteles de la droga dejarían de utilizar sofisticados medios de transporte de las mismas, valiéndose de personas indigentes para el traslado de la misma, dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de corso para la comisión del delito, sin mayor riesgo que en caso de ser descubierto, pudieran "perder" la mercancía". (sic)

26. Reconozco que su lectura me ofrece bastantes dudas de comprensión. No logro despejar si cuando el Fiscal se refiere a que " dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de corso para la comisión del delito, sin mayor riesgo que en caso de ser descubiertos pudieran "perder" la mercancía" se está refiriendo a los "cárteles de las drogas" o a las "personas indigentes" de las que se valen para trasladarla.

Pero sea una u otra la intención argumentativa del recurrente, lo transcrito pone en evidencia, precisamente, la "esencia" del delito de trata: valerse de la vulnerabilidad, de la precariedad, de la indigencia, como acentúa el propio recurrente, de las personas para explotarlas con el fin de que cometan delitos.

Pocas veces se puede describir con tanta claridad la lesión de la dignidad humana, la negación del imperativo kantiano que prohíbe tratar a un ser humano como un simple instrumento.

27. Los hechos que hoy nos ocupan -aprovecharse de la extrema vulnerabilidad de una mujer de 21 años para cosificar su cuerpo, haciendo que ingiriera medicamentos para limpiar sus intestinos, introduciéndole, después, por la boca 28 condones, conteniendo casi 500 gramos de cocaína, entregarle un pasaporte, conducirla a un aeropuerto para, jugándose su vida, emprender un viaje de 10.000 kilómetros, dejando a su hijo recién nacido de cuatro meses de edad, bajo la promesa de recibir 4000 euros- no pueden analizarse, en mi opinión, desde una perspectiva político-criminal de lucha contra los cárteles de la droga, como preconiza el recurrente, sino desde la perspectiva dramática de quien los ha sufrido.

Y esta perspectiva nos obliga a explorar qué vías ofrece el Derecho de un Estado Constitucional para dar una respuesta axiológica y normativamente conforme con la protección de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables, las indigentes, como las describe el Fiscal. De aquellas a las que, en palabras de Monseñor Romero, la ley, como las serpientes, siempre les pica por ir descalzas.

28. La cláusula de no punición del artículo 177 bis 11 CP, reitero, constituye un mandato convencional asumido por España que busca priorizar la protección de las víctimas del delito de trata frente a otros objetivos de persecución y castigo.

Y ello no puede interpretarse como una suerte de quiebra catastrófica de la eficacia persecutoria del sistema, como una pendiente resbaladiza hacia una situación descontrolada de tráfico de droga por la obtención, como dice el Fiscal, en mi opinión, con notable desacierto, de una patente de corso.



Las víctimas de la trata de seres humanos, de uno de los delitos más graves y lucrativos, no deben ser castigadas sino protegidas. Protección eficaz que, muy probablemente, puede favorecer que las víctimas, sintiéndose seguras, colaboren aportando información para la persecución y el castigo de los responsables de la trata sufrida.

29. En el caso, la, a mi parecer, impecable aplicación de la cláusula de no punición que hizo la Audiencia y confirmó el Tribunal Superior se basa no solo en el hecho de que la Sra. Natividad fuera pobre y vulnerable, sino porque, abusando de dicha situación, fue salvajemente cosificada y sometida a un férreo control con la finalidad de que cometiera el delito planeado por los tratantes.

De su no castigo no identifico ningún riesgo para la eficacia de la política-criminal de persecución del delito de tráfico de drogas y de las organizaciones criminales que lo promueven.

Por todas las razones expuestas, considero que el recurso del Ministerio Fiscal debería haber sido desestimado.

Este es mi voto discrepante que formulo y firmo.

Javier Hernández García

Magistrado

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ